Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

VIII.

Beiträge zu der Lehre von den anticipirten Beweiſe.

Von Mittermaier.

§. 1.

Anticipirter Beweis.

Der gemeine deutſche Proceß ſondert genau die Abtheilung des Verfahrens, durch welches nur ausgemittelt und den Richter bekannt werden ſoll, was unter den Parteien ſtreitig iſt, (Periode des erſten Schriftenwechſels, erſtes Verfahren) von der zweiten Abtheilung, in welcher die Parteien über die als einflußreich auf die Entſcheidung anerkannten factiſchen, aber noch ungewiſſen, Behauptungen dem Richter die juriſtiſche Gewißheit verſchaffen, d. h. beweiſen müſſen (Beweisinſtanz.) Um aber die Beweisführung nicht völlig der Willkühr der Parteien zu überlaſſen, und um Ordnung in das ſonſt leicht verwirrte Verfahren zu bringen, gebieten die Geſetze dem Richter, 1) das Beweisthema zu reguliren, oder genau die Punkte vorzuſchreiben, welche wegen ihrer Relevanz bewieſen werden müſſen, wenn ein umfaſſendes Definitivurtheil über die Hauptſache ſelbſt gefällt werden ſoll; 2) die Beweislaſt feſtzuſetzen, oder zu beſtimmen, welcher Partei die Pflicht, gewiſſe Thatſachen zu beweiſen, obliege, wozu 3) noch die Beſtimmung einer Beweisfriſt kömmt, innerhalb welcher der aufgelegte Beweis angetreten werden muß, ſo zwar, daß, bis auf wenige Ausnahmen, die in dieſer Beweisfriſt gegebene Er-

klärung die beweisführende Partei bindet, und ein weiteres Vorbringen von Beweisen in der Regel ausschließt.

Die Parteien können aber auch ein Interesse haben, das richterliche Beweiserkenntniß nicht abzuwarten, weil entweder Gefahr auf dem Verzuge in Ansehung ihrer Beweismittel schwebt, oder weil sie, indem sie das erfolgende richterliche Beweisurtheil schon voraus errathen zu können glauben, Zeit gewinnen wollen, da sie die Beweismittel schon bereit haben. Diese freiwillig, ohne daß ein richterliches Beweiserkenntniß abgewartet wird, von einem streitenden Theile im bürgerlichen Processe übernommene Beweisantretung heißt Anticipation des Beweises; der geführte Beweis heißt der anticipirte[1]). Die Uebernahme kann auf verschiedene Weise vorkommen: 1) entweder kann eine Partei schon mit der Klagschrift oder mit der Exceptionsschrift die Beweismittel zum Beweise der in der Klage oder Exceptionsschrift behaupteten Thatsachen überreichen und den Beweis antreten; oder 2) der Kläger oder Beklagte tritt den Beweis mit seiner Replik- oder Duplikschrift an; oder 3) eine Partei tritt den Beweis zwar erst, wenn die ersten vier Schriften gewechselt sind, jedoch ohne das Beweis-

---

1) Man findet in älteren Schriften darüber wenig. J. Fr. Lydovici de anticipatione in foro praesertim saxonico. Hal. 1712. Leyser. spec. 258. med. i. einiges in den Schriften über besseren Beweis. Stryk de probation. prob. melior. in Dissertat. vol. II. diss. 16. Oesterlein de probation. melior. Altorf 1754. Schaumburg princip. praxeos jur. p. 147. in neueren einzelnen Bemerkungen. Claproth Einl. in den ordentl. bürgerl. Proc. 2. Abth. §. 214. Danz Grundſ. des ordentlichen Processes, §. 246. Grolmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens, S. 326. Martin Lehrbuch des gemeinen deutschen Processes, §. 127. §. 155. §. 173. §. 165 §. 304. Am besten Gönner Handbuch des bürgerlichen Processes, II. Th. nr. XL. und eine Dissertat. (welche ich aber nicht benutzen konnte). Fr. Wiggers de probation. anticip. Rostok 1811.

interlocut abzuwarten, freiwillig an. Alles dies kann wieder auf zweifache Art geſchehen: a) entweder tritt die Partei auf eine der erwähnten Arten den Beweis auf die gewöhnliche Art an, z. B. bei dem Zeugenbeweiſe durch Einreichung der Beweisartikel, blos in der Abſicht, Zeit zu erſparen, damit gemeinſchaftlich mit dem erſten Schriftenwechſel auch die Verhandlng über die Beweismittel laufe, oder b) ſie bittet, wegen der auf dem Verzuge ſchwebenden Gefahr zugleich um die ſchleunige Beweisausführung, z. B. um Vermehrung der Zeugen.

§. 6.

Ausſprüche der Geſetze über anticipirten Beweis.

Die Befugniß, den Beweis zu anticipiren, iſt durch die verſchiedenen, das gemeine Recht gründenden, Geſetzgebungen anerkannt.

I. Schon das Röm. Recht [2]) geſtattet einer Partei fiducia probationis suae ultro den Beweis in einem Falle zu übernehmen, in welchem die Beweislaſt eigentlich dem Gegner obliegen würde.

II. Das canoniſche Recht enthält keine beſondere Beſtimmung, nur darf darnach der Beweis von dem Richter in der Regel nicht vor der Litiscontestation angenommen werden [3]). Das c. Recht verbietet aber auch die Anticipation nicht, da die Stelle, aus welcher man ein ſolches Verbot hat ableiten wollen [4]), daſſelbe nicht enthält; denn daraus, daß im canoniſchen Recht von einem durch ein Interlocut in dem zu unterſcheidenden einzelnen Falle aufgelegten Beweiſe geſprochen wird, folgt nicht

---

2) L. 14. D. de probat. L. 39. D. de liberal. caus.

3) Cap. 1. 2. 5. X. ut lite non cont.

4) Cap. 9. X. de probat.

daß in allen Fällen der Beweis aufgelegt werden müſſe, und gar nicht freiwillig übernommen werden dürfe; es iſt vielmehr nicht zu bezweifeln, daß das canoniſche Recht, welches ſo häufig, beſonders in der Lehre vom Beweiſe, auf das römiſche Recht Rückſicht nahm, die vom römiſchem Recht ausgeſprochene Anticipation des Beweiſes gebilliget, aber nicht für nöthig gehalten hat, darüber etwas zu beſtimmen.

III. Bei der Erforſchung der rechtgeſetzlichen Beſtimmungen bemerkt man, daß man ſchon in den Cammergerichtsbedenken von 1643, die Verbeſſerung des Juſtizweſens betreffend [5]), es für ein beſonderes Mittel der Abkürzung der Proceſſe gehalten habe, wenn mit dem erſten Libelle zugleich der Beweis angetreten werden müßte; die Reichsdeputation billigte ſelbſt dieſen Vorſchlag, und die meiſten Stimmen fielen bei; von den gegentheiligen votis iſt beſonders das treffliche Braunſchweigiſch-Wolfenbüttelſche votum [6]) auszuzeichnen. Dieſes votum bemerkt, »daß, wenn man probationes fordre, dieſe oft zugelaſſen würden, ehe und bevor man gewiß wiſſe, ob es auch ſolcher Probation bedürfe, und ob der cardo negotii in dem, was zu probiren vorgenommen werde, beſtehe oder nicht; und finde ſich, bemerkt der Votant, nachdem er über die vielen dadurch veranlaßten Beweiſe geklagt, dennoch oft bei der Relation, daß durch ſo viele probationes, rotulos etc. dasjenige nicht erhalten oder erwieſen, worin das rechte κρινομενον ſtecke, ſondern der Richter alsdann erſt, wenn ſchon lange geſtritten, den Parteien auflegen müſſe, was zu probiren ſey.« — Am Ende vereinigte man ſich dahin: «daß es zwar nicht befohlen, aber dem Kläger doch geſtattet ſeyn ſollte, die probatoria dem Libelle ſogleich beizufügen;« wie der J. R. A.

---

5) von Meiern Acta comitial. Ratisbon. tom. II. p. 143.

6) S. T. Neurode's gegenwärtige Verfaſſung des heil. Römiſchen Reichs in Staats- und Juſtizſachen, oder pragmatiſche Erläuterung des jüngern Reichsabſchieds. (Jena 1752) S. 161.

§. 35 dies dem Kläger erlaubt. Daher ſchreibt §. 37 dem Beklagten vor: »im Falle, wenn der Kläger die probatoria mit inſinuirt habe, mit ſeiner Nothdurft darauf zu verfahren;« ſo wie §. 39 und 45 jenes näher erklären.

Mit Unrecht nehmen aber mehrere Juriſten an, daß die J. R. A. die unbedingte Anticipation des Beweiſes ſchon mit der Klage geſtattet habe; es muß vielmehr nach dem J. R. A. unterſchieden werden: 1) wollte der Kläger ſeinen Beweis durch Urkunden anticipiren, ſo durfte er dies ſchon mit ſeinem Klaglibelle thun. 2) Wollte er durch andere Beweismittel, vorzüglich durch Zeugen, den Beweis anticipando antreten, ſo durfte er dies nur dann, a) wenn der Beklagte ſchon geantwortet, alſo der Proceß durch Litiscontestation eine gehörige Grundlage erhalten hatte, alſo erſt mit der Replikſchrift, oder b) wenn der Beweis als probatio ad perpetuam rei memoriam gerechtfertigt werden konnte. Daß die mit der Klage geſtattete Anticipation nur auf den Urkundenbeweis zu beſchränken ſey, ergiebt ſich a) aus der Regel des canoniſchen Rechts [7]), wovon ſich die Reichsgeſetze nicht entfernten, theils b) aus den Worten: probatoria, welche blos Urkunden bezeichnen [8]), theils c) aus §. 47, welcher von lebendiger Kundſchaft, d. h. vom Zeugenbeweiſe ſpricht, und wo der J. R. A. ausdrücklich vorausſetzt, daß der Beklagte in ſeinen Exceptionen und Gegenhandlung das durch Zeugen zu Beweiſende nicht ſchon eingeſtanden, ſondern negirt haben muß. — Der Gerichtsgebrauch ſcheint jedoch weniger ſtrenge geweſen zu ſeyn, und die Anticipation des Beweiſes ohne Unterſchied auch mit dem erſten zwei Schriften erlaubt zu haben. Von älteren Particularproceßordnungen [9]) haben einige den Mißbräuchen dadurch

---

7) Cap. 1. 2. 5. X. ut lit. non cont.

8) §. 35. 39. J. R. A. und hierzu Erläuterung Neurod's S. 160.

9) Der baieriſche Indiz. Codex, Cap. IX. §. 6. nr. 2. Auch in dieſer Stelle (was die baieriſche Praxis oft überſieht) iſt nur von

vorzubeugen gesucht, daß sie auch bei dem anticipirten Beweise die nämlichen Vorschriften über Beweistermin anzuwenden gebieten, wie bei dem durch Interlocut aufgelegten; andere Proceßordnungen [10]) erlauben die Anticipation gar nicht, während neuere Gesetzbücher sie als Mittel der Abkürzung der Processe begünstigen [11]).

§. 3.

Allgemeine Grundsätze.

Bei der Beurtheilung der durch die Anticipation des Beweises entstehenden Rechtsverhältnisse entscheiden folgende allgemeine Grundsätze.

I. Jeder anticipirte Beweis enthält eine Abweichung von dem ordentlichen Rechtsgange und den gemeinrechtlichen Vorschriften, nach welchen das erste Verfahren des Schriftenwechsels strenge von dem Beweisverfahren getrennt werden soll. Diese Abweichung bringt aber a) nicht blos für denjenigen, welcher den Beweis anticipirt, sondern auch für seinen Gegner, neue Verhältnisse hervor, und nöthigt ihn zu manchen regel-

---

dem mit der Replik und Duplik anticipirten Beweise gesprochen.

11) Z. B. in Sachsen, Schweitzer Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Processes, S. 31. not. 42. Im Großherzogthume Würzburg wurde durch Verordnung vom 20. August 1811. (würzb. Regierungsblatt S. 49) zur Beschleunigung des Beweißverfahrens, bestimmt: daß keiner Partei im ordentlichen Processe gestattet sey, den Beweis von der Erlassung eines Beweis interlocuts mit der Klage, Exceptionsschrift, Replik oder Duplik, derselbe mag durch Urkunden oder andere Beweismittel geführt werden, freiwillig anzutreten.

11) Oesterreich. Gerichtsordnung, §. 3. Nowak, der gerichtliche Beweis (Prag 1805) S. 17. Preuß. Allg. Gerichtsordnung tit. V. §. 5. Diese Anticipation vertheidiget auch von Gönner in seinem Entwurfe eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren, Buch II. Thl. I. Cap. 1. §. 2. und §. 10.

widrigen Schritten, b) ſie ſchadet aber auch häufig der Fällung eines vollſtändigen und genügenden Definitivurtheils, und erſchwert dem Richter die Ausübung ſeines Amtes.

Da nun der Richter Proceßdirector iſt, da er ſorgen muß, daß das Verfahren ſo geleitet werde, daß auf die ſchnellſte und ſicherſte Weiſe ein gerechtes Urtheil gefällt werden kann, da der Gegner, gegen welchen der Beweis anticipirt wird, fordern kann, daß er durch die einſeitige Handlung des Anticipanten nicht in der ihm ſonſt geſetzlich zuſtehenden Rechtsverfolgung verkürzt werde, da endlich das Abweichen von geſetzlichen Vorſchriften immer nur bedingt geſtattet ſeyn kann, ſo weit nämlich die Erreichung des geſetzlich beſtimmten Zweckes nicht vereitelt oder erſchwert wird, ſo erzeugt die Anticipation des Beweiſes für den Richter die Befugniß und ſelbſt die Pflicht, vermöge ſeiner Eigenſchaft als Proceßdirector jeder, durch die Anticipation des Beweiſes zu bewirkenden, Störung vorzubeugen, und alſo das dadurch entſtehende außerordentliche Verfahren immer auf eine dem ordentlichen Proceßgange möglich analoge Weiſe zu leiten.

II. Das Geſetz geſtattet aber ausdrücklich den Parteien die Anticipation, um die Beſchleunigung des Verfahrens, wenn hierzu eine Partei ein beſonderes Intereſſe hat, zu begünſtigen; das richterliche Amt findet daher in der Rückſicht, daß den Parteien das geſetzlich Geſtattete nicht entzogen werden darf, eine Begrenzung, die jede zu tief eingreifende, oder weiter, als der Zweck es verlangt, ausgedehnte Proceßleitung und Einſchränkung der Anticipation verbietet.

III. Eine Beſchränkung der Anticipation wird daher nur dann zuläſſig ſeyn, wenn durch den von einer Partei anticipirten Beweis eine Störung entſteht, welche a) entweder der Gegenpartei an ihren Rechten etwas entzöge, oder b) die Erreichung des Zwecks der Proceßführung, vollſtändige gerechte Urtheilsfällung, verhinderte und erſchwerte.

IV. Sobald ſich aber eine ſolche Störung zeigt, ſo kömmt es a) dem Richter zu, den Gang der anticipirten Beweisführung eben ſo zu prüfen, wie jede andere proceſſualiſche Hand-

lung, b) den Gang des ordentlichen Verfahrens durch Decrete herbeizuführen, wenn ein Nachtheil droht, damit alles in Ordnung komme, c) und dies sobald als möglich zu thun, damit nachtheilige Verzögerungen vermieden werden.

V. Vorzüglich muß der Richter, da die Gesetze, aus überwiegenden weisen Gründen, nach dem ersten 4 Schriftenwechsel die Prüfung der Verhandlungen der Parteien und Regulirung des Beweisthema und der Beweislast ihm zur Pflicht machen, auch bei dem anticipirten Beweise nach den ersten 4 Schriften die bisherigen Verhandlungen prüfen, und durch richterliche Entscheidung die Ergänzung des noch Fehlenden veranlassen, das Mangelhafte ordnen, und reguliren was er als nothwendig zur Erreichung des Zweckes erkennt [12]).

VI. Diese richterliche Entscheidung wird um so nothwendiger, als die meisten Landesgesetze durch Bestimmung einer Beweisfrist Ordnung in das Verfahren zu bringen streben, und dem beständigen, die Processe verlängernden und den Gegner auf vielfache Weise beeinträchtigenden, Verändern der einmal gewählten Beweismittel vorzubeugen suchen. Zu diesem Behufe muß von dem Richter ein Beweistermin festgesetzt werden, innerhalb welchem der Producent den Beweis antreten, die gewählten Beweismittel vorschlagen muß. Würde nun bei dem anticipirten Beweise keine solche Beweisfrist nach den ersten vier Schriften bestimmt werden, so würde dem Beweisführer, den keine Beweisfrist beschränkt, immer das Recht, abzuändern und hinzuzusetzen, eingeräumt und damit das Mittel in die Hände gegeben seyn, den Proceß zu verzögern.

VII. So lange das richterliche Erkenntniß keine peremtorische Beweisfrist gesetzt hat, so lange können auch den antici,

12) Mit Recht fordert daher Martin im Lehrb. §. 166 not. w. und §. 173. not. l. diese richterliche Verfügung, indem das Beweisverfahren auf anticipirten Beweis nicht anders eröffnet werden darf, als sonst. S. a. Claproth v. Relationen, §. 131. und Martin Anleitung zum Referiren, §. 33.

pirenden Beweisführer alle jene Wirkungen nicht treffen, welche vermöge gesetzlicher Aussprüche als Folgen der peremtorischen Kraft des Beweistermins eintreten.

VIII. Die Anticipation des Beweises enthält häufig eine Handlung, in welcher ein stillschweigender Verzicht des Anticipanten auf gewisse, vermöge der Gesetze allgemein zustehende, Befugnisse zu liegen scheint. Dieser scheinbare Verzicht hat auch häufig Rechtsgelehrte und Richter verführt, Folgerungen gegen den Anticipanten abzuleiten, welche man durch die Grundsätze vom Verzichte rechtigen zu können glaubte. Allein diese Ansicht vom Verzichte darf hier nie zum Grunde gelegt werden, da die Anticipation kein factum concludens ist, aus welchem blos die Absicht der Partei, etwas von ihren Rechten aufzugeben, gefolgert werden kann, da vielmehr der Anticipiant nur Vortheil für sich gewinnen will, und nur deswegen von den gewöhnlichen Vorschriften abweicht, da selbst in zweideutigen Fällen (s. unten §. 5) die Handlung sich immer auf andere Art auslegen läßt, und zum Nachtheile einer Person, nach bekannten Rechtsregeln, nur unter besonderen Bedingungen, welche hier nicht vorhanden sind, gefolgert werden darf.

IX. Die Anticipation ist überhaupt nur ein Versuch, welchen der Beweisführer macht, das Mißlingen dieses Versuchs darf keine nachtheiligen Folgen für den Anticipanten haben; es darf ihn nie in einen schlimmeren Zustand versetzen, als in welchem derjenige ist, welcher das richterliche Beweisinterlocut abwartet. Der Anticipant behält daher alle Vortheile und Befugnisse, welche nach dem Gesetze jedem andern, der nicht anticipirt, zukommen.

X. Alles, was der Anticipiant durch seine Anticipation gewonnen hat, ist ihm zum Besten anzurechnen, und ist so zu betrachten, als wenn er den Beweis nach einem richterlichen Interlocute geführt hätte, und erst vom Momente der wirkli-

chen Beweisauflage durch den Richter beginnt für ihn die Wirkung der Addition der neuen Beweisresultate zu den vorigen.

XI. Der Gegner, wider welchen der Beweis anticipirt wird, verliert dadurch keine Befugniß, welche die Gesetze sonst dem Producten geben; er kann daher a) bei dem anticipirten Beweise eben so wohl die Handlungen vornehmen, welche ihm zustünden, wenn auf den Beweis interloquirt wäre, b) er kann seine Beweiseinwendungen abgeben, c) sich durch Gegenbeweis sichern, kann aber d) nicht selbst zu Abweichungen von dem ordentlichen Verfahren genöthiget werden, durch welche auf irgend eine Weise ein Nachtheil ihm zugienge.

XII. Unter der Voraussetzung, daß dem Gegner kein Widerspruchsrecht in einem einzelnen Falle wegen drohender Nachtheile zusteht, wird aber der Product sich der Pflicht nicht entziehen dürfen, auf den anticipirten Beweis sich in so weit einzulassen, als es nöthig ist, daß der Anticipirende seinen Beweis ausführen kann, ohne daß deßwegen dem Producten eine gleiche Anticipation seines Gegenbeweises aufgebürdet werden darf.

XIII. Da die Gesetze einmal die Anticipation des Beweises erlauben, so kann der Richter nicht durch seine Handlungsweise den Parteien etwas rauben oder vereiteln, was die Gesetze vergönnen; der Richter kann daher in Fällen des anticipirten Beweises, in welchen weder Störung des Prozeßganges klar ist, noch über Beeinträchtigung der Gegner klagt, die Anticipation weder verbieten, noch durch Verzögerung erschweren; und so kann der Anticipiant verlangen, daß der Richter den anticipirten Beweis sogleich prüfe und in Fällen, in welchen das richtige Beweisthema gewählt ist, der Anticipant auch derjenige ist, welchem die Beweislast obliegt, nach rechtlicher Ordnung alles, was zur Beweisausführung gehört, zulasse, mithin die Verhandlungen über den Beweis mit den Verhandlungen des ersten Verfahrens verbinde.

XIV. In allen Puncten, in welchen nicht durch die fehlende peremtoriſche Natur des Beweistermins eine Aenderung hervorgebracht wird, iſt der anticipirte Beweis ganz gleich, wie der durch Interlocut aufgelegte, zu beurtheilen [13]).

§. 4.

Wirkungen der Anticipation des Beweiſes.

Die Anwendung der aufgeſtellten Grundſätze auf die einzelnen, bei dem anticipirten Beweiſe vorkommenden, Fälle ergiebt ſich am beſten, wenn man die Wirkungen, welche in Anſehung der Hauptheile des Prozeſſes oder der Hauptpunkte der Beweisinſtanz entſtehen, aufſtellt und darnach die einzelnen Fälle zergliedert.

Die Hauptwirkungen beziehen ſich

I. auf die Beweislaſt; in ſo ferne der Anticipant häufig den Beweis von Behauptungen zu übernehmen ſcheint, die er nach den Geſetzen nie zu erweiſen nöthig gehabt hätte, daher ihm auch, wenn er das richterliche Interlocut abgewartet hätte, nie die Beweislaſt aufgebürdet worden wäre.

II. auf das Beweisthema, in ſo ferne die anticipirende Parthei nicht ſelten etwas zu beweiſen übernimmt, was durchaus irrelevant iſt, deſſen Beweis alſo zur Entſcheidung des Streitfalles nichts beitragen kann.

III. auf die Beweisfriſt und die damit zuſammenhängenden Vorſchriften über Vereinigung und Benützung der Beweismittel, ſo wie auf die übrigen geſetzlichen Anordnungen, welche an die peremtoriſche Natur des Beweistermins geknüpft ſind.

IV. auf das Verhältniß der Gegenpartei, und ihre Verpflichtung, ſich auf den anticipirten Beweis einzulaſſen, oder den Gegenbeweis darnach einzurichten.

---

13) Gönner im Handbuche, II. Bd. S. 325.

§. 5.

Wirkungen in Bezug auf Beweislast.

Jede Anticipation des Beweises enthält die Erklärung eines ſtreitenden Theiles, daß er jene Punkte, in Anſehung welcher er den Beweis anticipirt hat, um den Proceß zu beſchleunigen, beweiſen wolle. Da nun zwiſchen der Partei häufig Streit iſt, „wer mit dem Beweis den Anfang zu machen habe,“ da die Verbindlichkeit, gewiſſe Punkte im Prozeſſe zu beweiſen, in der Regel durch richterlichen Vorbeſcheid regulirt wird, und bei der Anticipation ſich ohnehin eine Partei freiwillig zum Beweiſe erbietet, ſo ſcheint durch die Handlung der Anticipation auch jedes richterliche Interlocut überflüſſig zu werden, es ſcheint, daß der Anticipiant die Beweislaſt völlig übernommen habe. A) Wenn die anticipirende Partei auch die nämliche iſt, welcher nach Rechtsgrundſätzen die Beweislaſt obliegt, ſo entſtehen wohl keine Schwierigkeiten. B) Wenn aber der Partei die Beweislaſt ſonſt nicht obliegen würde, wenn nach den geſetzlichen Vorſchriften gerade dem Gegentheile vom Richter die Beweislaſt im Interlocute hätte aufgelegt werden müſſen, ſo wird das Verhältniß wohl ſchwieriger; z. B. Jemand wird aus einem Schuldſcheine, der noch nicht 2 Jahre alt iſt, belangt, er ſetzt die ſogenannte exceptio non numeratae pecuniae entgegen, und erklärt, daß er durch 2 Zeugen beweiſen wolle, daß der Schuldſchein dem Gegner übergeben worden ſey, ohne daß das Geld aufgezählt worden; oder ein wegen Schwängerung Beklagter tritt ſogleich mit der Exceptionsſchrift den Zeugenbeweis durch Artikel an und zeigt, daß er in der ganzen Zeit, in welcher die Schwängerung hätte geſchehen müſſen, an einem von dem Wohnorte der Geſchwängerten ganz entfernten Orte krank gelegen ſey; oder ein Kläger, welcher für ſeinen Anſpruch eine Schwängerung hätte geſchehen müſſen, an einem von dem Wohnorte der Geſchwängerten ganz entfernten Orte krank gelegen ſey; oder ein Kläger, welcher für ſeinen Anſpruch eine Rechtsvermuthung anführen könnte, wodurch er vom Beweiſe frei würde, erbietet ſich freiwillig zum Beweiſe. In allen dieſen Fällen ſcheint die ſonſt zur Beweislaſt nicht verpflichtete Partei

die Laſt auf ſich genommen und den Gegner davon befreit zu haben. Es kömmt nun darauf an: ob in dem Willen der anticipirenden Partei eine ſolche Uebernahme und Befreiung des Gegners gelegen ſey? Nimmt man dies an, ſo müſſen ſich daraus auch beſondere rechtliche Folgerungen ergeben; es folgte daraus 1) daß der ſonſt rechtlich verpflichtete Gegner gar nichts zu beweiſen brauchte, 2) daß, wenn der anticipirte Beweis mißlänge, das Gegentheil davon für juriſtiſch wahr gehalten werden müßte, ohne daß der Gegner etwas zu beweiſen nöthig gehabt hätte. Wenn daher die vom Beklagten zum Beweiſe der exceptio non numeratae pecuniae vorgeſchlagenen Zeugen nicht vortheilhaft für den Beklagten ausſagten, ſo müßte ſogleich die exceptio non numeratae pecuniae als nicht begründet angeſehen werden, und die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des Darlehens erfolgen, ohne das der Kläger die Ablieferung des Geldes zu beweiſen nöthig gehabt hätte.

Dieſe Anſicht kann aber bei einer genaueren Betrachtung nicht gebilliget werden. 1) In den meiſten Fällen würde, wenn man die Anticipation des Beweiſes als Erlaſſung der Beweislaſt für den Gegner betrachten wollte, daraus folgen, daß das Thema des Vorbeweiſes nur eine Negation würde, z. B. daß der Beklagte nicht der Schwängerer ſey, daß das Darlehen nicht bezahlt worden. Nun widerſpricht aber dieſer verneinende Beweis den geſetzlichen Anſprüchen [14]), und führt zu Störungen in dem Beweiſe, da die Beweismittel nur auf das Daſeyn, nicht aber auf das Nichtdaſeyn von Thatſachen ſich beziehen können. 2) Wollte man annehmen, daß jemand, dem die Beweislaſt nicht obliegt, durch die Anticipation den Gegner ganz von dem Beweiſe befreie, ſo würde man dadurch auch einen Verzicht der Partei auf ihr von den Geſetzen garantirtes Recht, „nicht zu beweiſen,“ und auf die Reihefolge im

4) L. 10. Cod. de non num. pec. L. 23. Cod. de probat. cap. 11. 12. X. de probat. Cap. 1. de confessin 6to.

Beweiſe annehmen, nämlich darauf, daß ihr nur der Gegenbeweis obliege, der erſt dann zu führen iſt, wenn der andere zum Hauptbeweiſe rechtlich verpflichtete, Gegner bewieſen hat. Ein ſolcher Verzicht darf aber nicht angenommen werden; denn da er a) kein ausdrücklicher iſt, ſo könnte es nur als ſtillſchweigender gewürdigt werden, und als ſolcher läßt ſich zum Nachtheile einer Perſon ein Verzicht nicht folgern, wenn nicht die Handlung völlig concludent iſt. b) Als concludent iſt die Anticipation aber nicht ſo zu betrachten, daß der Anticipant dadurch erklärte, daß er, obwohl rechtlich nicht verpflichtet, die Beweislaſt an der Stelle des Gegners übernommen habe; er kann eben ſo gut nur eventualiter den Gegenbeweis anticipirt haben [15]), und dann kann ihn der Nachtheil des Verluſtes der Sache im Falle, wenn er mit dem anticipirten Beweiſe nicht glücklich iſt, nicht treffen, weil der Mangel des Gegenbeweiſes, ſo lange kein Hauptbeweis geführt iſt, nicht ſchadet, um ſo mehr als c) die Geſetze ſelbſt ſolche ſtillſchweigende Renunciationen weder vermuthen, noch begünſtigen [16]), und ein Geſetz [17]) ſelbſt ſolche Handlungen im Proceſſe als nicht concludent erkennt. d) Wenn man darauf ſieht, was folgt, wenn der Beweis des Anticipanten mißlingt, und wenn es auf die Frage ankömmt: ob im Falle des Mißlingens das Gegentheil als wahr juriſtiſch anzunehmen ſey? ſo zeigt ſich gewiß noch mehr, daß es die Abſicht des Anticipanten nicht ſeyn kann, ſo viel aufzugeben, um dem Gegner ſo viel zu erlaſſen. Der Anticipant will von ſeinen Rechten nichts verlieren, er will gewinnen durch die Beſchleunigung des Verfahrens; am wenigſten aber kann man annehmen, daß er den Gegner, mit dem er im

---

15) Martins Lehrbuch, §. 304. not. e.

16) Thibaut Syſtem des Pandectenrechts, §. 74 Hufeland, Lehrbuch, §. 160 — 168. Schweppe, das römiſche Privatrecht. §. 109 b.

17) Cap. 5. X. de renunciat.

Streite lebt, begünſtigen wolle. Es wäre daher gegen alle Regeln des Verzichts, der ſtrenge auszulegen iſt, wenn man in der Anticipation des Beweiſes eine Erlaſſung der dem Gegner obliegenden Beweislaſt finden wollte; vielmehr muß die Handlung nur ſo, wie ſie ſich ungezwungen ſonſt noch auslegen läßt, erklärt werden, nämlich, daß der zur Beweislaſt rechtlich nicht verpflichtete Anticipant den Gegenbeweis in eventum habe anticipiren wollen. e) Dieß muß um ſo mehr angenommen werden, als häufig die poſitive Wahrheit des Gegentheils oder der Behauptung des Gegners aus dem Unterliegen des Beweiſes vom anticipirten Thema gar ſich nicht ergiebt, und ſo ſchon zu viel daraus gefolgert würde [18]).

Man muß daher folgende Regeln aufſtellen. 1) Wenn eine Partei, welcher rechtlich ſchon die Beweislaſt obliegt, den Beweis anticipirt, ſo kann darauf, wenn ſonſt nichts im Wege ſteht, von dem Richter alles eingeleitet werden, was geſchehen muß, wenn der Beweis, auf welchen interloquirt wurde, von dem Producenten angetreten wird. 2) Wenn dagegen jemand welchem die Beweislaſt rechtlich nicht obliegt, den Beweis des Gegentheils von demjenigen, deſſen Beweis dem Gegner rechtlich oblåge, anticipirt, ſo iſt es ſo anzuſehen, als ob er den Gegenbeweis eventualiter anticipirt hätte. 3) Der ſonſt rechtlich zur Beweislaſt verpflichtete Gegner wird daher von dieſer Laſt nicht frei, 4) und der Richter muß ihm zur Vermeidung der Störungen durch ein Interlocut die Laſt eben ſo auflegen, als wenn kein Beweis anticipirt worden wäre.

---

18) Z. B. der beklagte Schwängerer, welcher nach dem oben angeführten Beiſpiele nicht die exceptio alibi beweiſen könnte, iſt deßwegen noch nicht als wirklicher Schwängerer zu betrachten; wenn er die exceptio alibi nicht beweiſen kann, ſo folgt nur, daß er nicht an dem Orte war, an welchem er geweſen zu ſeyn behauptete, es folgt aber die Gewißheit der Behauptung der Klägerin keineswegs.

§. 6.

Wirkungen in Anſehung des Beweisthema.

Häufig anticipirt eine Partei den Beweis eines Umſtandes, welchen ſie für entſcheidend und richtig hält, während er in Bezug auf das Definitivurtheil völlig irrelevant iſt. Von vielen Beiſpielen, welche dieſe Erfahrung beſtätigen, mag nachſtehender Fall genügen. A klagte gegen B, „daß er aus Noth dem B zwei zweiſchläfrige Betten mit Zugehör verpfändet habe, als er die Bette vor einigen Wochen ausgelöst hätte, habe er geſehen, daß ſie in einem ganz andern Zuſtande, viel kleiner gemacht, und bedeutend beſchädigt ſeyen;“ den Werth der Betten giebt er auf 6 Louisd'or an. Der Beklagte läugnete alles, und der Kläger anticipirte den Beweis durch beigelegte Beweisartikel, welche darauf gingen, den Beweis des Zuſtandes der Betten vor der Verpfändung, der Deterioration derſelben, und des vollen Werths derſelben zu liefern. Die darüber vernommenen Zeugen bejahten unbedingt die Artikel. Als nun die Acten zum Spruche verſendet wurden, ergab ſich, daß kein Definitivurtheil gefällt werden könne, indem der Kläger einen irrelevanten und überflüſſigen Beweis geführt hatte; ſeine Artikel giengen nur auf ganz andere Umſtände, als von deren Beweiſe ſein Klagrecht abhieng; denn die Betten waren ja nicht zu Grunde gegangen; es mußte alſo offenbar bewieſen werden, daß, und welcher Schade dem Verpfänder durch Selbſtnutzung der Betten oder ſonſt dolo oder culpa von Seite des Beklagten an dem Pfande zugegangen ſey.

Wenn nun ein ſolcher irrelevanter Beweis anticipirt und ausgeführt wird, ſo iſt er, wenn es zum Urtheile kömmt, ſo zu betrachten, als wenn gar kein Beweis angetreten wäre, und das Endurtheil kann alſo nicht gefällt werden. Zwar ſcheint es 1) daß die Urtheilsfällung doch geſchehen könne und müſſe, indem man annehmen kann, daß die Partei es ſo gewollt habe, und ſich alſo die Schuld ihrer Voreiligkeit zuſchreiben müſſe,

wenn ſie den nach den Geſetzen relevanten Beweis nicht geführt hat; allein dieſe Anſicht iſt unverträglich a) mit dem wahren Verhältniſſe der Parteien zum Richter, welcher immer Proceßdirektor bleibt und welchem die Regulirung des Beweisthema als Vorbereitung zur Urtheilsfällung obliegt, b) ſie widerſpricht der Natur der Beweisführung, die nur Mittel ſeyn ſoll, den Richter in den Stand zu ſetzen, den Rechtsſtreit endlich zu entſcheiden [19]), und c) dem Verhältniſſe zum Gegner, der durch irrelevante Beweisführung vielfach beeinträchtiget wird.

2) Eben ſo iſt die Anſicht mehrerer Juriſten [20]) irrig, nach welchen, auch wenn irrelevante Thatſachen bewieſen werden ſollen, und der Gegner ſich dieſe Beweisführung gefallen ließ, die gleichſam eingetretene Rechtskraft die Wirkung haben ſoll, daß nun mehr die Frage, die der Richter zu prüfen hat, davon ſey; ob der geführte und von der Partei übernommene Beweis vollſtändig geführt ſey? nicht aber: ob er auch relevire? Dieſe Anſicht widerſpricht [21]) a) dem Ausſpruche des canoniſchen Rechts [22]), nach welchem die Parteien berechtigt ſind, noch vor der Apellation gegen das Endurtheil ihre Beſchwerde gegen ein ſolches Interlocut nachzutragen, durch welches lange zuvor ein Präjudicialpunkt unrichtig entſchieden worden iſt. Da nun der Beweisſatz offenbar präjudiciell für das Endurtheil iſt, ſo ſteht den Parteien das Recht zu, in der Apellation gegen das Endurtheil den irrigen Beweisſatz anzufechten; es muß alſo auch der Richter befugt ſeyn, den vom Anticipanten veranlaßten irrelevanten Beweisſatz zu verlaſſen, damit er nicht

---

19) Martins Lehrbuch, §. 170.

20) Mevius decision. II. dec. 301. Gönners Handbuch, I. Bd. nr. 10. §. 20. Weber über Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 29.

21) Martin Lehrbuch, §. 170. not. 1. und die dort angeführten Schriftſteller.

22) Cap. fin. de apellat. in 6to.

gegen ſeine Ueberzeugung Appellation veranlaſſe. b) Dazu kömmt, daß die Zulaſſung eines irrelevanten Beweisſatzes gegen ein verbietendes Geſetz [23]) anſtößt, nach welchem der Richter verpflichtet betrachtet werden muß, alle irrelevanten Beweiſe zu verbannen.

Es iſt daher nothwendig, daß der Richter in allen Fällen, wenn Beweis anticipirt iſt, genau das anticipirte Beweisthema prüfe; die Prüfung muß aber auf zwei Punkte gerichtet ſeyn: 1) ob das gewählte Thema überhaupt nur relevant, 2) ob es auch erſchöpfend ſey, oder ob neben den anticipando bewieſenen Thatſachen auch noch andere relevante Facta bewieſen werden mußten. Findet 1) der Richter das anticipirte Thema relevant und erſchöpfend, ſo bedarf es keiner neuen Regulirung, ſondern blos der Verfügung zur Ausführung des Beweiſes; 2) findet er das Thema zwar relevant, aber nicht erſchöpfend und vollſtändig, ſo legt er durch Interlocut noch den Beweis der nicht zum Beweiſe von Anticipanten übernommenen Thatſachen auf, 3) findet er das ganze Thema irrelevant, ſo verwirft er es völlig, und regulirt durch ein Interlocut den wahren Beweisſatz.

(Die Fortſetzung in dem nächſten Hefte.)

23) J. R. A. §. 50, wo es wörtlich heißt: den punctum probationum betreffend, ſoll ad probandum nichts zugelaſſen, oder von der Partei zu probiren unternommen werden, was impertinent, unnothwendig iſt ꝛc.